

産大法学 43巻3・4号 (2010. 2)

会社法における取締役の任務懈怠概念再構成試案(一)

佐藤 誠

序章

第一章 会社法における取締役の任務懈怠概念

第一節 問題の所在

第二節 株式会社における取締役の任務

第二章 対会社責任における任務懈怠

第一節 総論

第二節 経営判断における任務懈怠(以上、本号)

第三節 法令違反における任務懈怠

第四節 利益相反取引における任務懈怠

第三章 対第三者責任における任務懈怠

第一節 問題の所在

第二節 直接損害の事案における任務懈怠

おわりに

序章

会社法における取締役の会社に対する責任は、平成一七年改正前商法（以下、「旧商法」とする。）において無過失責任と解されていた利益相反取引に基づく責任を含めて、過失責任としての任務懈怠責任に整理された（四二三条一項）。この規定は、旧商法二六六条一項五号の法令・定款違反の責任に対応する規定であるが、その文言は、「法令・定款違反」から「任務を怠ったとき」すなわち任務懈怠に変更されている。法令・定款違反から任務懈怠への文言の変更については、旧商法特例法二一条の一七第一項における委員会等設置会社の取締役・執行役の会社に対する責任に関する規定に倣ったにすぎず、取締役の責任に関して立法上、実質的な変更を加えることは意図されていないと考えられている。⁽¹⁾

法令・定款違反と任務懈怠が実質的に同義であるとしても、法令・定款という文言が条文上用いられていた旧商法下の議論は、会社法上の任務懈怠という文言の解釈に際してどのように影響するのであろうか。また、会社法の条文上、取締役の善管注意義務（三三〇条、民六四四条）、忠実義務（三五五条）、過失と推定される任務懈怠（四二三条三項）、帰責事由（四二八条一項参照）といった概念相互間の関係は、体系的に説明できるものとなっているであろうか。これらに関する疑問は、これまでも指摘されており、その疑問を解決しようとする試みが提唱されているが、必ずしも全ての課題が統一的視点に基づいて解明されているとはいえない。⁽³⁾

本稿において特に取り上げたい疑問点は、以下のようにまとめることができる。

（一）旧商法の時代から続く取締役の対会社責任の判断構造に関する議論は、会社法四二三条一項の下において、いかに捉えるべきであるか。

前述の通り、条文上の文言の変更は、実質的な変更を意図したものではないという理解が一般的である。すなわち、旧商法二六六条一項五号が「法令・定款違反」と定めていたところ、会社法四二三条一項は、これを実質的に変更していない。それゆえ、会社法四一三条一項の任務懈怠とは、法令・定款違反と実質的には同義である。このことは、従来の議論が立法的に解決されたわけではないことを意味する。

もっとも、旧商法の文言を前提とすると、法令違反の法令には、具体的法令だけでなく、旧商法二五四条三項により会社と取締役との関係は委任に関する規定にしたがうことから、いわゆる善管注意義務を定める民法六四四条の一般的義務を定める規定も含まれる、と説明され、善管注意義務違反による責任は、法令違反に含まれると解されていた。

その上で、具体的法令違反の場合は、損害額や因果関係を別とすれば、当該具体的法令違反の事実を立証するだけで旧商法二六六条一項五号の要件事実を充足し、責任を追及する側の立証責任は尽くされたことになるのに対し、善管注意義務違反の有無が問題となる場合は、取締役が債務の本旨にしたがった履行（善管注意義務を尽くして会社の経営に関する判断をなす義務）を怠ったという事実とそれが取締役の帰責事由すなわち「過失」によるものであることを根拠付ける事実とは実質上重なり合うため、取締役の責任を追及する側は、本旨不履行の事実と過失とを、取締役の「過失の評価根拠事実」という形で主張・立証することになり、これに対して、被告取締役の側は、「過失の評価障害事実」を抗弁として主張・立証することになる、として、具体的法令違反の事例と善管注意義務違反の事例とで、責任の判断構造を区別する見解（以下、本稿ではこのような見解を「二元説」⁽⁴⁾という。）が一般的であった。⁽⁵⁾

これに対して、取締役が会社に対して負う債務は、「法令を遵守して行動すべき義務」ではなく、「会社が法令

を遵守しないで行動することをさせないようにする義務」であるところへ、「法令に違反する行為」が直ちに旧商法二六六条一項五号の要件事実を充足するのではなく、当該行為が善管注意義務違反すると言える場合にはじめて会社に対する損害賠償責任が発生するという見解、すなわち、具体的法令違反Ⅱ任務懈怠ではなく、任務懈怠Ⅱ善管注意義務違反ととらえる見解（以下、本稿ではこのような見解を「一元説」という。）が主張されていた。⁽⁶⁾

ところで、会社法四二三条一項の下では、取締役の任務とは善管注意義務を尽くして会社の経営にあたること（三三〇条、民法六四四条）であり、善管注意義務違反が同条項における任務懈怠にあたるということに異論はない。他方で、具体的法令違反と任務懈怠との関係については、以下のように説明の仕方に見解が対立が見られる。

第一に、旧商法の法令・定款違反を実質的に変更するものではないから、具体的な法令・定款違反も、それが善管注意義務に違反するものであるか否かを問題にすることなく、任務懈怠にあたる、という見解。⁽⁷⁾

第二に、「法令・定款違反」という文言が条文になくなったことから、取締役の任務懈怠とは善管注意義務違反を意味し、具体的法令違反は、善管注意義務違反に含まれる、という見解。⁽⁸⁾

しかしながら、現行会社法四二三条一項の任務懈怠とは何かを説明する際に、いつまでも旧商法の条文を参照しなければならぬというのは、あまりに迂遠であるし、会社法の条文上、「任務懈怠」と「帰責事由」とが明示的に区別されていること（四二三条一項・三項、四二八条一項）からすると、四二三条一項から「法令・定款違反」という文言がなくなったからといって、直ちに一元説の解釈が妥当であるとも言えない。

やはり、取締役の任務懈怠責任の判断構造を考える前提として、そもそも取締役の任務懈怠とは、さらに言え

ば、取締役の任務とは何か、ということを改めて問いなおす必要がある。

（二） 会社法上の任務懈怠概念を統一的に説明することはできないか。

（一）で論じたことも関係するが、会社法上、任務懈怠という概念は多義的に用いられている。

会社法四二三条一項の任務懈怠とは、一般的には、善管注意義務（三三〇条、民六四四条）・忠実義務（三五五条）違反を指すと解されている。⁽⁹⁾しかし、上記の二元説の考え方を前提とすると、具体的な法令違反は、それが善管注意義務に違反するかどうかを問題とするまでもなく、任務懈怠となる。すなわち、任務懈怠には善管注意義務・忠実義務違反の他、具体的法令違反が含まれることになる。

また、会社法四二三条三項は、利益相反取引によって会社に損害が生じた場合、当該取引に関与した取締役等が、「その任務を怠ったものと推定する」と規定している。ここでも任務懈怠という概念が用いられているが、ここで推定される任務懈怠の具体的内容については、必ずしも明らかではない。

旧商法においては、委員会等設置会社以外の会社では、利益相反取引による取締役の責任は善管注意義務違反に基づく責任とは区別され、無過失責任と解されていた（旧商法二六六条一項四号）。これに対して、「会社法制度の現代化に関する要綱」⁽¹⁰⁾（以下「現代化要綱」という。）の趣旨にしたがうならば、会社法においては、当該責任は、過失責任として任務懈怠責任（四二三条一項）のカテゴリーに属するものとされ、ただし、自己のために直接取引を行った取締役等については、任務を怠ったことが「責めに帰することができない事由によるものであること」をもってしても損害賠償責任を免れることができないとして、無過失責任を維持する（四二八条一項）こととなったと理解すべきことになる。⁽¹¹⁾他方で、四二三条三項は、あくまでも任務懈怠を推定するにとどまるため、任務懈怠がなかったとの立証によりこれを覆す余地があることになる。⁽¹²⁾会社法の文言上、任務懈怠と帰責事

由が区別されており、任務懈怠は本旨不履行（違法性）を表し、帰責事由は過失を意味するものととらえる考え方を前提とすれば、ここで推定される任務懈怠とは何か、自己のために直接取引を行った取締役の責任を無過失責任と解することとの整合性はあるか、ということが問題となる。

すなわち、この任務懈怠の推定は、利益相反取引について株主総会または取締役会の承認（三五六条一項、三六五条一項）を受けてなされたか否かにかかわらず適用されるため、ここで任務懈怠を利益相反取引において「善管注意義務を尽くさなかったこと」であるとすると、利益相反取引を行うこと自体は、具体的な法令違反行為ではないため、適法に取締役会の承認を経てなされた利益相反取引に関しては、任務懈怠の事実と過失を根拠付ける事実とは実質的に重なり合うことになり、無過失の主張は不可能であるが、任務懈怠がないことの主張は可能であるという場合、具体的にいかなる事実をもって任務懈怠がないことの主張たりうるのか、また、仮にそのような事実が主張できて任務懈怠の不存在が認められうるとすれば、それは無過失責任であるといえるのか、という疑問が生じるのである。

この点につき、適法な承認を経てなされた直接取引に関して、自己のために会社と直接取引を行う取締役に、それによって会社に損害を生じさせないことが義務づけられると解し、当該「直接取引によって会社に損害を生じたことを任務懈怠」ととらえ、会社に損害を生じさせないように注意を尽くしたこと（無過失）をもって責めに帰することができない事由とする」見解が主張されている。¹³ 取締役の債務の内容を具体的に分析される点において傾聴に値する見解ではあるが、自己のために直接取引を行う取締役についてのみ「会社に損害を生じさせない義務」を負わせる理論的根拠は必ずしも明確ではない。会社に損害が生じたことが任務懈怠にあたると解する点についても、利益相反取引によって会社に損害が生じた場合に、任務懈怠を「推定」とするという会社法の文

言と整合しないように思われる。

このように会社法上の任務懈怠という概念は、単に善管注意義務・忠実義務違反に止まらず、多義的な要素を含んでいると考えざるを得ない。そのため、いかなる場面においては、いかなる意味で任務懈怠という文言が用いられるのか、という点に関して、統一的な視点を提供しうる解釈が必要である。

（三） 第三者に対する責任（直接損害事例）における任務懈怠とは何か。

取締役その他の役員は、会社に対して善管注意義務を負うものであるが、「その職務を行うについて」悪意または重過失があった場合は、第三者に対しても損害賠償責任を負う（四二九条一項）。この第三者に対する責任の法的性質や責任追及の対象となる第三者の損害の範囲には争いがあるが、我が国の判例は、「法は、株式会社が経済社会において重要な地位を占めていること、しかも株式会社の活動はその機関である取締役の職務執行に依存するものであることを考慮して、第三者保護の立場から、取締役において悪意または重大な過失により右義務（善管注意義務および忠実義務をさす）に違反し、これによつて第三者に損害を被らせるときは、取締役の任務懈怠の行為と第三者の損害との間に相当の因果関係があるかぎり、会社がこれによつて損害を被つた結果、ひいて第三者に損害を生じた場合（いわゆる間接損害）であると、直接第三者が損害を被つた場合（いわゆる直接損害）であるかを問うことなく、当該取締役が直接に第三者に対し損害賠償の責に任ずべきことを規定したのである。」⁽¹⁴⁾という立場（いわゆる法定責任説・両損害包含説）で一貫している。

四二九条一項には、「任務を怠った（任務懈怠）」という文言は用いられていないが、判例の見解からは、役員等の悪意・重過失は、直接損害・間接損害のいずれにおいても、「会社に対する任務懈怠（上記判例においては善管注意義務および忠実義務違反をさしている）」について必要であり、またそれで足りる（第三者に対する加

害行為自体についての故意・過失を要しない）ことになる。したがって、ここでも会社に対する任務懈怠という概念が用いられているといえる。しかし、取引時点で支払見込みがなく、そのことを取締役が認識していながら、あえて取引をして支払見込みのない手形を振り出す場合のようないわば典型的な直接損害の事案では、当該行為によって会社に全く経済的損害が生じないため、当該取締役の行為がいかなる意味で会社に対する任務懈怠（善管注意義務・忠実義務違反）といえるのかが明らかではない。

法定責任説・両損害包含説を前提としつつ、この点をいかに説明するかに関しては、次のような見解が主張されてきた。第一に、取締役の第三者に対する加害行為が実質的な不法行為の要件を満たすとき、そのような行為が会社の社会的信用を傷つけるために、会社に対する任務懈怠になるという見解である。⁽¹⁵⁾ 第二に、会社が債務超過またはそれに近い状態にある場合には、株主が有限責任の結果失うものがないため投機に走りやすいこと、および、営業を継続すれば取締役の報酬等の支払等により会社の財務状況は一層悪化すること等から、第三者に損害を及ぼしかねない状況が生じる。このような状況下においては、会社債権者の損害拡大を阻止するため、取締役には会社の状況を把握し、再建可能性・倒産処理等を検討すべき義務が善管注意義務として課されており、この注意義務を怠ることが会社に対する任務懈怠になると解する見解である。⁽¹⁶⁾

しかしながら、第一の見解については、債務超過に近い状態で、すでに社会的信用力を失いつつある会社の取締役が、起死回生を図って冒險的な取引に第三者を巻き込んだとしても、そのことによって新たに会社の社会的信用が傷つけられると断定できるかは疑問である。第二の見解も説得力はあるものの、会社債権者の損害拡大を阻止する義務が、なぜ会社に対する善管注意義務の内容になるのか、という点で説明にやや無理がある。⁽¹⁷⁾

以上のことから、取締役の任務とは何か、ということについて、単に善管注意義務や忠実義務を尽くすという抽象的

な捉え方ではなく、株式会社取締役の任務について株式会社の本質に立脚しつつ再構成する必要があると考える。取締役と会社の関係は委任関係であって、取締役が会社に対して善管注意義務を負っていることは確かであるが、現代の経済社会における最も重要な活動単位といえる株式会社、その管理者である取締役の任務とは何であるかととらえるべきか、という視点から、改めて問い直さなければならぬものと考ええる。

以下、第一章では、会社法における任務懈怠概念を株式会社の基礎理論の再検討を踏まえて再構築する試みを提示する。第二章では、第一章で提示した理論に基づいて、取締役の会社に対する責任の局面における任務懈怠概念の捉え方を検討する。第三章では、取締役の第三者に対する責任、とくに典型的な直接損害における加害行為を行った取締役の任務懈怠とは何かを第一章で提示した理論に基づいて検討する。

註

- (1) 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」第四部・第四七（一）①（二〇〇五）。
- (2) 委員会設置会社の執行役についても同様である（四〇二条三項）。なお、会社に対する任務懈怠責任を負うのは、監査役、会計参与、会計監査人も同様であるが、本稿では業務執行を担う取締役（および委員会設置会社の執行役）の責任を対象とする。
- (3) 田中亘「利益相反取引と取締役の責任（上）（下）」商事法務一七六三号四頁以下、一七六四号四頁以下（二〇〇六）、潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任」商事法務一七四〇号三二頁以下、吉原和志「会社法の下での取締役の対会社責任」江頭憲治郎先生還暦記念『企業法の理論（上巻）』五二二頁以下（商事法務 二〇〇七）、北村雅史「競業取引・利益相反取引と取締役の任務懈怠責任」森本滋先生還暦記念『企業法の課題と展望』一九三頁以下（商事法務 二〇〇九）など。本稿においても、これらの先行研究から多くの示唆をいただいた。

(4) 潮見前掲註（3）三八頁参照。論者によっては、責任の判断構造に着目するのではなく、結果債務・手段債務二分論を前

提に、取締役が会社に対して負う債務を手段債務とし、手段債務においては本旨不履行と過失を区別しない考え方を一元説と捉え、これに対して本旨不履行（任務懈怠）と過失を区別するという考え方を二元説とよぶことがある。

- (5) 最判平成二年七月七日民集五四巻六号一七六七頁以下（野村證券損失補填株主代表訴訟事件上告審判決）が、取締役に会社に法令に違反する行為をさせたときは、その行為が善管注意義務・忠実義務に違反することになるか否かを改めて問うまでもなく、旧商法二六六条一項五号にいう「法令に違反する行為をしたとき」に該当する旨の判示をしていることから、我が国の判例も二元説の立場に立つと考えられている。

- (6) 潮見前掲註(3) 三八頁参照。本稿における意味で一元説・二元説という用語を用いる場合、会社法の条文上、「任務を怠ったこと」（任務懈怠）と「責めに帰すべき事由によるものであること」（帰責事由）という用語が使い分けられていること（四二三条一項・三項、四二八条一項）から、直ちに会社法の解釈として二元説と結びつくことにはならない。この点につき、吉原前掲註(3) 五二八頁参照。

- (7) 従来の一元説の立場に立ち、その考え方は、会社法四二三条一項にも内包されていると説明する見解である。潮見前掲註(3) 四〇頁参照。

- (8) 従来の一元説の立場から、会社法四二三条一項は、一元説とより親和的であるとする見解である。潮見前掲註(3) 四〇頁参照。

- (9) 江頭憲治郎『株式会社法 第二版』四二七頁（有斐閣 二〇〇八）、田中前掲註(3) 商事法務一七六四号七頁参照。

- (10) 平成一七年二月九日法制審議会総会決定「会社法制の現代化に関する要綱」（ジュリスト一二九五号別冊付録所収）。

- (11) 現代化要綱 第二部第三(3) ③イただし書き（ジュリスト一二九五号別冊付録所収）。

- (12) 法務省の会社法立案担当者による解説では、「任務を怠った」という文言で「違法性」を、「責めに帰することができる」という文言で「無過失」を表現し、両者を異なる要件として区別し、四二八条の対象となる取締役は、帰責事由が存在しないことを主張することはできないが、任務懈怠がないことを主張することは可能である、としている。相澤哲・石井裕介「株主総会以外の機関〔下〕」商事法務一七四五号一三頁、（二〇〇五）二三頁参照。

- (13) 北村前掲註(3) 二四〇頁。利益相反取引における任務懈怠と帰責事由の関係について、現在主張されている学説を詳細に整理・検討したうえで、取締役が会社に対して負う債務には、結果債務的なものと手段債務的なものがあるという理解を前

提に、自己のために直接取引を行った取締役の債務を結果債務的な構成によりとらえる見解である。

〔14〕 最判昭和四四年一月二六日民集二三卷一一号二一五〇頁（LEXDB27000766）。なお、引用文中の括弧書きは筆者による注記である。

〔15〕 上柳克郎「両損害包含説」会社法・手形法論集一二〇頁（有斐閣 一九八〇）。江頭前掲註（9）四六一頁、洲崎博史「別冊ジュリスト 会社法判例百選」第七一事件一五九頁解説（有斐閣 二〇〇六）参照。

〔16〕 吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護（三・完）」法協一〇二卷八号一四八〇頁（一九八五）、江頭前掲註（9）四六一頁、洲崎前掲註（15）一五九頁参照。

〔17〕 洲崎前掲註（15）一五九頁参照。法定責任説に立脚しつつ、四二九条一項の責任の対象をいわゆる間接損害に限定する考え方も有力であり、この立場からは、本文で取り上げた問題点は解消される。しかしながら、直接損害の事案において、行為者以外の取締役の監視義務違反にもとづく第三者による責任追及ができないこととなり、第三者の保護という法定責任説の趣旨に照らすと、両損害包含説に比べて第三者保護に欠ける。弥永真生『リーガルマインド会社法（第一版）』二二九頁注一三九参照。

第一章 会社法における取締役の任務懈怠概念

第一節 問題の所在

（一）伝統的理論の問題点

序章において指摘したように、会社法における取締役の任務懈怠の概念には、少なからぬ混乱が生じているといわざるをえない。この原因は、会社法の規定のあり方や任務懈怠という用語の抽象性に由来する部分もある。しかし、より根本的には、株式会社における会社支配というものを法的にとらえてこなかった伝統的な会社法理論に基づいて取締役

の任務を論じてきたことにあとを考へる。

株式会社は、現代資本主義経済社会において、大規模経営を可能にする資本を集積集中させるための普遍的かつ不可欠の装置であるといえる。⁽¹⁸⁾ すなわち、株式会社という制度は、社員たる地位を株式という割合的単位に細分化し、その株主の責任を有限責任とする（一〇四条）ことにより、公衆に散在する小規模な資本を広範囲に結集し、巨大な資本へと集中させることを可能とするために最も適した制度である。⁽¹⁹⁾ 言い換えれば、株式会社とは、多数の出資者（株主）から資本を集積・集中させ、これを効率的に管理・運用することを可能にするシステムであるといえる。多数の株主が存在することが株式会社のモデルであるため、株式会社の財産管理を効率的に行うには、日常的な業務執行の意思決定に総株主の同意や株主総会の決議を必要とすることはできない。そのため株主に代わって株式会社の財産を管理するシステムが必要となる。このシステムの具体的なあり方は、各国の法制度により異なるが、少なくとも株主の議決権による資本多数決制度を通じて選任される機関が重要な役割を担うという点では共通しているといえる。他方で、会社の実質的所有者である株主自身が会社財産を管理するのではなく、資本多数決制度を通じて選任される会社財産管理機関（我が国の株式会社制度では株主総会の決議で選任される取締役から構成される取締役会がこれにあたる）に会社経営（会社財産管理）を委ねることになるため、その機関が本来の役割に反して行動することがないよう監視・監督するなど会社財産管理権限が公正に行使されることを確保する規制も必要になる。

このように考えると、この株式会社に對する法規制の役割は、株式会社に大規模資本を集中し、効率的な企業経営を促進すると同時に、多くの利害関係人間の利害調整を公正に行う仕組みを整えることにあるといえる。ところが、従来の会社法理論は、株式会社に對ける会社財産管理（以下、本稿ではこれを会社支配と呼ぶこととする。）のあり方を特徴づけるものである資本多数決制度を、株主総會對ける意思決定の方法としてのみ認識されてきた。そのため、会社

支配の概念についても、会社財産の管理における利害調整というより、取締役選任力を中心とする会社意思決定権としての側面のみが強調される⁽²⁰⁾。このことが、取締役の任務という概念に関して、その一面しか理論的に把握できなかった大きな要因であると考ええる。

（二）資本多数決制度と会社支配理論

筆者は、これまで資本多数決制度を株式会社における会社支配を生み出す中核と位置付け、会社支配理論を再構成する立場から、支配株式の譲渡（会社支配の移転）の場面における株式売却機会の均等ルールや結合企業のガバナンスにおける企業経営の効率性と支配の公正性を両立させるための結合企業規制のあり方について検討してきた⁽²²⁾。

すなわち、資本多数決制度により、より多くの投資を行い、より多くのリスクを負う株主は、当該会社の意思（会社財産管理の方針）決定において、自己の意思を確実に貫徹させることができるという会社意思の支配の局面で優越的地位を享受できる。それと同時に、適正な手続をとれば、自己を取締役に選任して役員としての報酬を得るなどすべての株主が保有株式数に応じて平等に享受することができる利益以外に追加的な利益を享受することもできる。多数の株主が少数の株式を分散して保有している場合には、資本多数決制度を利用し優越的地位を有する株主が特定されないこともあるし、株式会社の業務執行に関する意思決定は、取締役および取締役会によってなされるため、実際には資本多数決制度により授權を受けた取締役らが会社支配における優越的地位を享受することとなる。つまり、株式会社においては、多くの株主が結集し、その責任は有限であり、株主の地位が流動的であることから、中長期的な視野をもって大規模な資本を管理・運用するのは経営の専門家たる取締役に包括的に委ねることが合理的であり、直接的な会社財産管理は取締役・取締役会によって行われる。株主は、主として株主総会における資本多数決制度を通じて取締役による会社財産の管理に対する指揮権能⁽²⁴⁾を行使するにとどまる。この会社財産管理に対する指揮権能の行使過程には、出資額が多

寡に関わらず、出資によるリスクを負担する以上、原則としてすべての株主⁽²⁵⁾に参加機会が保障されなければならない。資本多数決制度によって生み出される会社財産の管理に伴う支配的・経済的優越的地位の帰属は、これに対する指揮権能の行使過程へのすべての株主の参加機会の保障との相互拘束性によって正当化される⁽²⁶⁾。

しかしながら、このような優越的地位が認められるのは、会社支配の行使の局面に限られると解するべきである。なぜなら、株式会社において資本多数決制度が採用され、他の会社形態にはない会社支配が認められている趣旨は、そのことによって中長期的視野で効率的な経営（会社財産管理）を行うことができ、そのことが会社の利益向上、ひいては株主全体の利益につながるためにほかならない。したがって、支配株式の譲渡のように会社から離脱しようとする場合（会社支配の移転）に、いわゆる支配プレミアムを譲渡人が独占することは許されない⁽²⁷⁾。また、企業グループ間の取引に際して、支配的企業が従属的企業の経営者に対して指揮命令を行うような場合（企業グループ間の支配の行使）には、支配的企業の取締役は従属的企業における資本多数決による承認を受けていない以上、従属的企業における会社財産管理についてこのような指揮命令を行うことは、当然には許されないはずであるが、企業グループ全体の利益と効率的経営の観点からは、このようなグループ全体としての統一的コントロールが認められるべきである。ここでは、結合企業レベルにおける経営の効率性と支配の公正性確保の観点から、資本多数決制度による会社支配（会社財産管理）とその要件および限界を法的にとらえることが重要である⁽²⁸⁾。

以下、本稿においては、取締役の任務とは、上記のように資本多数決制度によって委任された会社支配権の行使（会社財産の管理）であって、その任務を懈怠したか否かの判断においても、資本多数決制度の意義と限界の視点が不可欠であるという立場から、取締役の任務の概念をとらえ直し、任務懈怠概念を再構築⁽²⁹⁾することを試みたい。

第二節 株式会社における取締役の任務

（一）善管注意義務と忠実義務の意義

第一節で論じたように、株式会社の取締役の任務とは、資本多数決制度により選任されることによって委ねられた会社財産管理権を行使して、当該株式会社の業務を執行することであると考える。取締役は、資本多数決制度を通じて選任されることにより、会社財産を会社及び全株主の利益のために効率的に管理・運用するために不可欠な広範な経営裁量を委ねられる。そして、資本多数決制度は、取締役の裁量権の源泉であると同時に、裁量権の行使に、一定の限界を画すためのものでもある。このようにとらえることにより、取締役の業務執行における経営裁量の生理的側面（中長期的視野で効率的な会社経営を行う）と病理的側面（任務懈怠）とをバランスよく把握しうる。

これに対して、従来の伝統的理論は、取締役の任務を会社から業務執行に関する委任を受けた受任者としての地位に由来する善管注意義務（三三〇条、民六四四条）を尽くして、会社（総株主）の利益の最大化のために会社の業務を執行し、会社財産についての権限を行使することと捉えてきた⁽³⁰⁾。そして、取締役の忠実義務（三五五条）は、善管注意義務を具体的注意的に敷衍して規定したものに過ぎず、善管注意義務とは異なる高度な注意義務あるいは結果責任を定めたものではない、と解するいわゆる同質説が判例・通説である⁽³¹⁾。このように取締役の任務を会社との委任関係上の債務の履行（善管注意義務）としてのみ捉えるため、病理的側面（取締役の任務懈怠の是正）に関する議論のみが強調され、生理的側面については、取締役の経営判断に関する任務懈怠（善管注意義務・忠実義務違反）の有無の判断の過程において、いわゆる経営判断の原則（取締役の経営判断が会社に損害を生じさせる結果になったとしても、当該判断が判断当時の状況のもとで誠実かつ合理的に行われたものであると認められる一定の要件をみたす場合には、裁判所が事後的に経営判断の当否について介入し、直ちに取締役の注意義務違反としての責任を問うべきではないという考え方⁽³²⁾）

が判断基準として用いられるという形で言及されてきたに過ぎない。また、忠実義務が、善管注意義務を具体的に敷衍したものにと過ぎないと捉えることから、取締役の忠実義務違反と善管注意義務違反とは、基本的に常に同時に問題とされることになり、忠実義務の存在意義が十分に評価されてこなかったように思われる⁽³³⁾。

本稿においては、取締役の任務を単に善管注意義務を尽くして会社の業務を執行する委任関係上の債務としてではなく、「資本多数決制度により選任されること」によって委ねられた会社財産管理権を行使して、当該株式会社の業務を執行すること」と捉える。資本多数決制度を通じて、当該会社の財産管理を委ねるのに最も適した人材を選任し、中長期的な視点から会社経営を行わせることによって、会社およびすべての株主の利益を最大化させることができる。そのことがひいては国民経済全体の発展につながるという政策目的に基づいて、株式会社の取締役としての地位に基づいて、この任務が課されていると捉える。その目的を達するためには、会社の業務執行に関する経営上の個々の意思決定は、その都度総株主の意思を確認することなく、取締役らの意思決定に大幅に委ねられねばならない。本稿が念頭に置いている株式会社の基本モデルである公開会社においては、所有と経営が制度的に分離されており⁽³⁴⁾（三三一条二項）、株主総会は、原則として役員を選任の他、会社の基礎的事項についてのみ決議することができる（二九五条二項）とされることも、この具体的な現れであると言える。すなわち、取締役の業務執行に関しては、資本多数決により選任されることにより、広範な経営裁量権が授権されていると解するべきである。もとより、広範な経営裁量権といえども無制限に許されるものではない。取締役の善管注意義務とは、この取締役の任務遂行における資本多数決制度により授権された経営裁量権行使に際しての限界を画する一般的制約であると解する。すなわち、取締役の経営判断が善管注意義務に違反したもの（任務懈怠）であると評価されるのは、取締役に委ねられた経営裁量権の範囲を逸脱した場合であることになる。いかなる場合に、許される範囲を逸脱した経営裁量権の行使があったとみるべきか、それをいかなる基準で判

断するか、という問題については、第二章第一節で論じることとする。

なお、このように広範な経営裁量権が授權されるのは、会社の適法な業務執行（会社財産の管理）に関する経営上の判断を行う場合であることに注意しなければならない。この経営裁量権は、資本多数決制度によって授權されるものである以上、会社法が株式会社において資本多数決制度を採用した目的、すなわち、中長期的視点から会社の財産を効率的に管理させ、会社および株主全体の利益を最大化させるという目的の範囲内においてのみ正当化されるからである（資本多数決制度の限界）。

それゆえ、当該会社の業務執行を目的としない行為のために取締役がその地位を利用し、会社財産を私的に流用してはならず、その権限は会社のために忠実に行使されなければならない。また、法令を遵守すべきことはもとより、当該会社における資本多数決制度を通じて設けられた制約として、株主総会の決議、定款の定めを遵守しなければならない。このような資本多数決制度により授權された経営裁量権に対する限界を具体的に規定したものが忠実義務（三五五条）であり、またその典型的な場面を具体化した競業取引規制や利益相反取引規制（三五六条）、取締役の報酬規制（三六一条）等であると解する。法令・定款等を遵守し、委任者である会社のために忠実に職務を遂行することは、委任関係上の受任者としての善管注意義務の内容に含まれるともいえるので、善管注意義務と忠実義務を異質の義務であると解し、忠実義務は善管注意義務とは別個のこれより高度な義務を課したものと解するべきではない。しかし、従来の伝統的判例・通説のように両者を漫然と同質の義務と解するのではなく、善管注意義務は資本多数決制度により授權された経営裁量権と表裏一体としての経営裁量行使に関する一般的制約であるのに対し、忠実義務およびそれを具体化した規定は、経営裁量権そのものを排除または制限する資本多数決制度の限界を画する資本多数決制度の内在的制約であると解する。

したがって、取締役の行為が、会社の業務執行において会社との利益相反関係もなく、法令・定款違反といった要素もない経営判断に関するものである限りにおいては、善管注意義務の問題であるが、会社と取締役の利益が対立し、取締役が会社の犠牲において自己または自己と関係のある第三者の利益を優先するおそれがある場合や法令・定款等に違反するおそれのある行為である場合には、忠実義務およびこれを具体化した諸規定の違反という任務懈怠が問題となる。通常の経営判断の場面における任務懈怠の判断基準については、第二章第二節で論じる。取締役が会社に法令違反の行為をさせた場合の任務懈怠の判断基準については、第二章第三節で論じる。取締役の競業取引や利益相反取引の局面においては、忠実義務の要素（事前の承認および事後の報告）と善管注意義務の要素（取締役会の承認を経た取引の実行に際しての注意義務）が重複して問題となる。この点については、第二章第四節で論じる。

（二）会社以外の第三者との関係における任務

取締役は会社との間の関係について委任に関する規定に従うとされる（三三〇条）。伝統的理論によれば、取締役は、会社に対して委任ないし準委任契約上の任務を負うことになり、具体的には善管注意義務（民六四四条）を尽くして会社の業務を執行し、会社財産を管理することが取締役の任務とされる。このように取締役の任務を会社との（準）委任契約を基礎に捉える立場からは、契約関係のない会社以外の第三者に対して取締役は本来、何ら任務を負うことはないといわざるを得ない。

これに対して、本稿のように取締役の任務を、資本多数決制度により選任されることによって委ねられた会社財産管理権を行使して、当該株式会社の業務を執行することであり、委任に関する規定に従うとは、この財産管理権の行使に際しての裁量権の限界を画する一般的制約を意味するものと捉えらる。取締役は単に会社に対して任務を負うだけでなく、一定の場面においては会社以外の第三者に対しても広い意味で任務を負う場合があることを説明しうる。すなわ

ち、株式会社は多数の株主から資本を結集し、資本多数決制度によって選任された経営の専門家たる取締役に広範な裁量権を授権することにより、大規模な資本を利用した効率的な経営を可能にする社会的装置であり、会社法は、その立法政策において、株式会社のもつこのような機能を促進すると同時に、多くの利害関係者の間の利害を調整することを目的としている。それぞれの株式会社が効率的かつ公正に運営されることによって、国民経済全体の発展が期待できるのであり、利害関係者の間の利害調整は、第一次的には取締役の経営裁量に委ねられるが、それが不適切である場合に会社法の諸規定が機能するのである。しかしながら、たとえば、株式会社が債務超過あるいはそれに近い状態に陥ったような場合には、もはや取締役に広範な経営裁量を認め、利害関係者の間の利害調整を任せることは妥当ではない。なぜなら、このような状態にある会社の取締役は、イチかバチかの投機的な行為に走りがちであり、第三者に対して損害を及ぼす危険が高まるからである。したがって、このような状況下では、会社に対する善管注意義務・忠実義務とは別に、会社をとりまく第三者とりわけ会社債権者の損失拡大の防止につとめ、会社の再建可能性・倒産処理の選択等を検討すべきことも取締役の任務に含まれることになるというべきである。

この点に関しては、第三章において、とりわけ典型的な直接損害の事案において、悪意・重過失の対象となる取締役の任務懈怠とは何か、に焦点をあてて論じる。

註

(18) 新山雄三「国際化時代の会社法―その立法と運用」法律時報第六五巻第七号四五頁（一九九三年）参照。

(19) 確かに、現実には我が国における株式会社は、大規模な企業経営のためにのみ利用されてきたわけではない。さらに、会社法においては、かつての有限会社を株式会社の一類型として取り込んだために、株式会社という会社類型の本質が見えにくくなっている。しかし、本稿では、歴史的、比較法的に観察して株式会社の普遍的モデルを念頭において論じることとする。

(20) 前田重行「株主の企業支配と監督」現代企業法講座三第五章二一五頁（一九八五年 東京大学出版会）。

(21) 森淳二郎「会社支配の意思本位的理論からの脱却（一）」（三）「商事法務」一九〇号五七頁以下、一九九二号一九頁以下、一九九三号二頁以下（一九八九年）、同「敵対的企業買収の法的規制と会社支配理論」酒巻俊雄先生還暦記念『公開会社と閉鎖会社の法理』所収六三一頁（一九九二年 商事法務研究会）、同「株式会社法の柔構造化——本マスト型から三本マスト型の会社法へ——」川又良也先生還暦記念『商法・経済法の諸問題』所収六九頁以下等。

(22) 拙稿「支配株式譲渡と株式売却機会の均等ルール——その会社法理への内在化の試み——」法政研究第六一卷第一号（一九九四年）一〇七頁以下、同「結合企業のガバナンス——経営の効率と支配の公正の両立の観点から——」（一）、（二・完）「産大法学第三四巻第一・二号（二〇〇〇年）一一頁、同第四号（二〇〇一年）二二頁」。

(23) 通常の株主総会の意思決定であれば、総株主の議決権の過半数を有すれば良いし、三分の二以上を取得すれば特別決議であっても自らの意思のみで成立させうる。株式の分散状況次第では、過半数まで保有しなくてもほぼ確実に会社の意思決定を支配できる場合もある。

(24) 取締役の選任・解任権や会社の基礎に変更を生じる業務執行（定款変更、事業譲渡、組織再編等）については、原則として株主総会の決議が要求される。

(25) 議決権のない種類株式の株主は、この指揮権能の行使に原則として参加できない代わりに、優先的に配当を受ける優先株とされることが多く、反対株主の株式買取請求権が保障され（二一六条二項一号ロ等）、投下資本の回収において不利益に扱われないよう配慮される。

(26) 拙稿前掲註（22）「支配株式譲渡と株式売却機会の均等ルール」一三八～一四二頁参照。

(27) 拙稿前掲註（26）においては、「支配株式をプレミアム付きの価格で売却する場合には、すべての株主に同じ価格で株式を売却する機会が保障されなければならない」といういわゆる機会均等ルールが会社法に内在するルールであると解するべきことを論じた。

(28) 拙稿前掲註（22）「結合企業のガバナンス——経営の効率と支配の公正の両立の観点から——」においては、結合企業レベルにおける支配的企業の従属的企業に対する指揮命令の前提条件として事前の情報開示と反対株主の投下資本回収機会の保障、および不公正な影響力が行使されないよう定期的な検証可能性の確保が必要であることを論じた。その際、提案した立法論的試

案は、企業経営に対して過大なコストを課し、経営の効率性を阻害するおそれはないか、といった点でさらに洗練されなければならぬ。もっとも、会社法は少なくとも大会社および委員会設置会社に対しては、いわゆる内部統制システムの構築に関して決定することを義務付けており（三四八条三項四号、四項、三六二条四項六号、五項、四一六条一項一号ロ、ホ、二項）、その具体的内容の一つに「当該株式会社並びにその親会社及び子会社から成る企業集団における業務の適正を確保するための体制」（会社法施行規則九八条一項五号、一〇〇条五号、一一二条二項五号）を挙げている。また、株式会社の支配に関する基本方針も事業報告の内容としなければならない（規則一二七条）内部統制システムの内容は、事業報告を通じて監査の対象となり、株主へも開示される（規則一一八条二号、一二九条、一三三条）。したがって、事前に企業グループにおけるガバナンスの基本方針が株主に示され、事後的な検証可能性を整備するという点については、ある程度実現していると言える。なお、民主党の「公開会社法プロジェクトチーム（PT）」が二〇〇九年七月にまとめた公開会社法素案においては、親会社の子会社取締役に対して業務執行を指揮することを認めるとともに、親会社に企業集団の運営に関して責任を負わせる方向性が検討されているようである（日経新聞二〇〇九年九月一日朝刊一六面「法務インサイド」より）。

(29) 再構築とは、従来の伝統的理論と対立する理論を構成しようとするのではなく、これまでの理論に欠けていた視点を補うことで、これまで見えなかったものを法的に把握できるようにしようという試みである。

(30) 山口拓郎「取締役の善管注意義務・忠実義務—経営判断の原則等—（上）」商事法務一八三七号三二頁。

(31) 最大判昭四五・六・二四民集二四巻六号六二五頁、福岡高判昭五五・一〇・八高民集三三巻四号三四一頁他多数。同質説にたちつつ、善管注意義務を会社法的に変容・修正し、よりいっそう強化され、厳格化された義務として規定されたもの、と解する見解として、新山雄三『会社法の仕組みと働き 第四版』二三七頁（論点一）参照。

(32) アメリカの判例法理として生成され発展してきた考え方である。日本においても、当初は取締役の第三者に対する責任との関係で論じられることが多かったが、その後、株主代表訴訟の提起が活発になるにしたがって、取締役の経営判断が注意義務に違反したかどうかの審査基準として判例上取り入れられるようになった。近藤光男「商法二六六ノ三第一項に基づく取締役の責任と経営判断の法則」民商八八巻五号五七七頁、吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之『近藤光男編『株主代表訴訟大系（新版）』（二〇〇二年 弘文堂）七八頁以下。判例上の具体的な判断要素には、多少差異が見られるが、次第にその基準の具体化・明確化が図られてきたといえる。東京地判平一〇・五・一四判時一六五〇号一四五頁、東京地判平

一四・四・二五判時一七九三号一四〇頁、東京地判平一六・九・二八判時一八八六号一一一頁①事件、東京地判平一六・二・一六判時一八八八号三頁等。この点につき、わが国の裁判例においては、理論的な根拠に基づいた法ルールとしての経営判断原則はこれまで存在していたことはなく、単に、裁判所における訴訟活動の展開のされ方によって、たまたま発生してきたものにすぎないと主張する見解として、森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務一八五八号四頁以下（二〇〇九）参照。

（33） 忠実義務とは、「取締役が会社の業務を遂行中に、自らの利益と会社の利益とが衝突する場面に遭遇したとき、その地位を利用して、委任者の利益を優先させることなく、私益を優先させてはならないということを明らかにするものである。」とし、会社法の条文の配置からも、競業取引規制や利益相反取引規制（三五六条）は、忠実義務（三五五条）の具体化であると捉える見解も有力である。浜田道代編『キーワードで読む会社法第二版』六八頁参照。筆者もこのような考え方には基本的に賛同するものであるが、このようなとらえ方だけでは、任務懈怠の有無の判断基準を導く論理としては、不十分であるように思われる。

（34） 公開会社は、すべて取締役会設置会社である（三二七条一項一号）。

第二章 対会社責任における任務懈怠

第一節 総論

本稿において、取締役の任務とは、第一章第二節で論じたように、株式会社という社会経済的装置の有する機能を十分に発揮させるとともに、それが内包するリスクを最小化させるために、株式会社の取締役たる地位に基づいて政策的に設計されたものであると捉える。すなわち、主たる任務は、資本多数決制度により選任されることによって委ねられた広範な経営裁量を伴う会社財産管理権を行使して、当該株式会社の業務を執行することであり、その裁量権が合理的

に行使される限り、任務を懈怠したとはいえない。ただし、裁量権の限界を逸脱した場合や、そもそも裁量が認められない行為によって会社の財産を毀損した場合は、任務懈怠として損害賠償の責めを負うのである。

従来、会社法四二三条一項の「任務を怠った（任務懈怠）」とは、取締役が会社との委任関係上の債務である善管注意義務・忠実義務に違反した業務執行により会社に損害を生じさせること、すなわち債務不履行責任（不完全履行）を意味すると一般的に理解されてきた。⁽³⁵⁾ もっとも、従来の理論においても、いわゆる取締役の監視義務については、善管注意義務ではなく、取締役の業務執行を監督する職務を負う取締役会（三六二条二項二号）の構成員たる地位に基づいて、個々の取締役は、他の取締役の業務執行を監視する義務を負う、と解されてきた。⁽³⁶⁾ この監視義務違反が四二三条一項の任務懈怠に含まれることに異論はないであろう。そうであるならば、四二三条一項の任務懈怠という概念を、善管注意義務・忠実義務違反と狭くとらえるのは適切ではなく、本稿の立場のように、広く株式会社の取締役たる地位にある者が、委ねられた権限の行使に際して、違法・不当な行為を行うこと、行使すべき権限の行使を怠ることを含む概念であると構成すべきである。

この広義の任務懈怠概念には、広範な経営裁量権が認められる経営判断が、その裁量の限界を逸脱したという場面から、具体的な法令・定款の定めに違反する行為を会社にとらせたような場面までさまざまな場面が含まれる。そのため、自ずと具体的な場面に応じて任務懈怠の有無を判断する基準にも差異が生じると考えられる。四二三条一項の任務懈怠を善管注意義務・忠実義務違反と同義に捉え、具体的な法令違反の場合も具体的法令違反の行為を会社にとらせたことが取締役の善管注意義務・忠実義務違反といえる場合に任務懈怠を認定するという、いわゆる一元説⁽³⁷⁾の考え方は、一見会社法の文言に忠実であるかのようににも思われるが、本稿のように善管注意義務と忠実義務の主として機能する局面を区別してとらえる考え方に立てば、そもそも裁量が認められるべき場合ではない法令違反の事実がある場合と、広

範な経営裁量権が認められる場合とで任務懈怠の判断基準は異なると考えるべきである。そこで、以下、本稿ではいわゆる二元説³⁸⁾の立場に立つことを前提に、それぞれの場面における任務懈怠の判断基準について検討する。

第二節 経営判断における任務懈怠

(一) 任務懈怠と過失の関係

本節では、第一章で試みた株式会社の取締役の任務概念の再構成を踏まえて、取締役の通常の経営判断の場面における任務懈怠とは何か、それを判断する基準は何か、という点について論じる。通常の経営判断とは、判断の内容が具体的な法令・定款等に違反するものではなく、取締役と会社の上に利益相反関係もない、会社の業務執行における経営上の判断およびそれに基づく業務執行行為を念頭においている。これには、当該会社の日常的な業務執行はもちろん、重要な業務執行として委員会設置会社でない取締役会設置会社では取締役会の決議が要求されるもの(三六二条四項)も含まれる。

会社法四二三条一項の責任の性質については、会社に対する債務不履行責任であるが、取締役が会社をして対会社規定に違反させることとなる行為をしたときは、それが善管注意義務や忠実義務を定める一般規定に違反するか否かを問うまでもなく、当然に、民法四一五条所定の「債務ノ本旨ニ従ヒタル履行ヲ為ササル」との要件を充足し、民法四一五条と異なり連帯責任とされる(会四三〇条)。これらの点で、会社法四二三条一項は、民法四一五条に対する特則(法によってその内容が加重された特殊な責任)³⁹⁾と解される。取締役の任務を株式会社制度(とりわけ資本多数決制度)に内在する広範な経営裁量権の範囲内で会社財産の管理を行うことと解する本稿の立場においても、四二三条一項の責任の法的性質については、上記従来の見解と同様に特殊な債務不履行責任であると解する。

債務不履行責任の性質を有する四二三条一項に基づく損害賠償責任が認められるためには、伝統的には、①取締役の任務懈怠という事実（本旨不履行）、②会社の損害発生という事実（損害額を含む）、③①の取締役の任務懈怠と②の会社の損害の間に相当因果関係が存すること、④①の任務懈怠が取締役の責めに帰すべき事由によるものであること（帰責事由Ⅱ故意・過失）が要件であり、①から③については原告側（会社または責任追及訴訟における原告株主）に主張・立証責任があり、④については、責任を追及される被告取締役側が帰責事由のないことについて主張・立証責任がある、と考えられてきた。⁽⁴⁰⁾これに対して、最近の契約責任学説に基づく債務二分論に立ち、取締役の義務は無過失責任とされる場合を除き、手段債務としての性質を有するものであると捉える見解⁽⁴¹⁾も主張されている。この見解からは、「個々の具体的状況下で取締役として、どのような注意を尽くして行動すべきであったか」ということが、取締役・会社間で締結された事務処理契約上の「債務の内容」となり、この意味における尽くすべき注意を怠ったことが「本旨不履行」の事実を構成すると同時に、取締役が過失をおかしたことを意味することとなる。したがって、上記①の事実と④の事実とは、区別されない。

本稿のように取締役の任務を多義的に捉える立場からは、取締役の任務をすべて手段債務と断定すべきではなく、結果債務や手段債務と結果債務双方の要素をもつ場合もありうると思われる。そのため、債務不履行責任の構造としては、本旨不履行と帰責事由Ⅱ過失を伝統的理論のように概念上区別した上で、問題となる任務懈怠の有無の判断の場面においては、具体的な任務の性質によって、両者がそれを根拠づける事実の点で重なりあう場合がある、と解する。

本節で扱おうとする広範な経営裁量が認められ、この裁量の範囲を逸脱したといえる場合に善管注意義務に違反したとされる経営判断の局面での任務懈怠の有無の判断は、まさに本旨不履行を根拠づける事実と帰責事由を根拠づける事実が実質的に重なり合う場合である。

(二) 経営判断原則

それでは、具体的に取締役の経営判断が許される裁量の範囲を逸脱し、善管注意義務に違反したといえるかどうか、争われる場面、すなわち会社が取締役の損害賠償責任を追及する場合、または株主が会社に代わって取締役の責任を追及する訴え（八四七条一項、三項、五項）を提起した場合に、当事者双方はいかなる主張・立証責任を負い、裁判所はいかなる基準で賠償責任の有無を判断すべきであろうか。

このような場面においては、上記②の事実（会社の損害）については、責任を追及する側が主張・立証責任を負う。しかし、①の事実（本旨不履行）と④の事実（帰責事由＝過失）については、「尽くすべき注意を怠り、許される裁量の範囲を逸脱した判断を行った」という評価の問題であり（いわゆる規範的要件）、これら自体が主張・立証されるべき要件事実ではなく、これらの評価を根拠づける具体的事実（いわゆる過失の評価根拠事実）およびこれらの評価を妨げる具体的事実（いわゆる過失の評価障害事実）こそが、主張・立証の対象すなわち要件事実になると解するべきである⁽⁴²⁾。責任を追及する側は、過失の評価根拠事実に該当する事実と会社の損害およびそれらの間に相当因果関係が認められることについて主張・立証責任を負い、被告取締役の側は、自らの判断が裁量を逸脱したのではなく合理的判断の枠内であったという評価を根拠付け、過失の評価を妨げる具体的事実について主張・立証責任を負う。

当事者のこれらの訴訟活動に対して、裁判所はいかなる基準をもって判断をなすべきであろうか。前述のように、この局面における取締役の任務懈怠を「尽くすべき注意義務を尽くさなかったために、許される裁量の範囲を逸脱した不合理な経営判断を行ったこと」と捉えるとすれば、これまでのわが国の判例の中で次第に体系化されてきたいわゆる経営判断原則の枠組み⁽⁴³⁾をもって、任務懈怠の有無の判断基準とすることが妥当である。近時、「わが国の裁判例においては、思想としての経営判断原則はこれまで存在していたことはなかった」との見解も一方で主張されている⁽⁴⁴⁾。わが国の

裁判例において、事実としていわゆる経営判断原則という枠組みが用いられてきたことは否定できないが、ここで「思想としての経営判断原則」とは、理論的な根拠に基づいた法ルールのことであるとされる。確かに、これまでの伝統的会社法理論においては、なぜ医療過誤訴訟における医療行為等他の「専門家の責任」とは異なり、取締役の経営判断について「経営判断原則」と呼ばれる判断枠組みが用いられるのか、という点について、明確な理論的根拠が示されていいたとは言えず、裁判例の中に見られる経営判断原則のようなものは、「裁判所における訴訟活動の展開のされ方によって、たまたま発生してきたものにすぎない⁽⁴⁵⁾」という感があることも否めない。

しかしながら、本稿のように、株式会社という法制度・社会経済的装置の機能と有用性に鑑み、その制度設計において資本多数決制度を採用したことにより、株式会社の取締役には、その地位に基づいて広範な経営裁量権が委ねられると同時に、資本多数決制度の限界によって、その経営裁量権の行使に際しての限界と、経営裁量権自体の限界が画される、という視点をもつとき、「資本多数決制度によって選任された取締役には、広範な経営裁量権が授けられるのである、取締役の経営判断に関して、経営の専門家ではない裁判所が、事後的に取締役の責任を問うことは、経営を萎縮させ、かえって会社や株主の利益にならない。それゆえ、取締役の経営判断がその過程において不誠実になされ、その結果としての判断が著しく不合理であると認められ、許される裁量の範囲を逸脱した場合にはじめて任務を懈怠したといえる。」という法政策的思想が会社法には内在していたといえることができる。わが国には、思想としての経営判断原則が存在していなかったのではなく、法の中に内在する思想を正しく把握する視点が欠けていたのである。

以上のことから、取締役の経営判断が任務を怠ったか否かを審査する基準とは、これまでのわが国の裁判例の蓄積から以下のような準則を抽出することができよう。すなわち、企業の経営に関する判断は、将来の不確定であり、複雑かつ流動的な諸要素を対象にした専門的、予測的、政策的な判断能力を必要とする総合的判断であり、また、企業活動

は、利益獲得を目的とすることから、常に一定のリスクを伴うものである。このような企業活動を担う取締役には、資本多数決制度を通じて選任されることによって、その地位に基づいて広範な経営裁量権が授けられており、この裁量の範囲でなされた判断であれば、たとえ、結果的に会社に損害が生じたとしても、経営の専門家ではない裁判所が後知恵的に審査し、取締役が損害賠償責任を負うことはない、とすることで、企業活動において取締役は萎縮することなく経営に専念することができるのであり、ひいては会社および株主の利益になるのである。ただし、経営判断・業務執行行為の目的が法令・定款等に違反するような社会的非難可能性がある場合には、このような裁量が認められないことはいうまでもない。したがって、取締役の経営判断について任務懈怠の有無が問題となるときは、①当該判断・行為がなされた当時における会社の状況および会社を取り巻く社会、経済、文化等の情勢の下において（事後的事情の排斥）、②当該会社の属する業界における通常の経営者の有すべき知見および経験を基準として（尽くすべき注意のレベル）、③判断の前提としての事実に関する情報収集および認識に不注意な誤りがなかったか否か（判断過程の誠実性・合理性）、および、④その事実に基づく行為の選択決定に不合理がなかったか否か（判断内容の合理性）という観点から、当該経営判断・業務執行行為をすることが著しく不合理と評価されるか否か、という基準によるべきである。⁽⁴⁶⁾

取締役の経営判断について任務懈怠責任が問われる場面では、このような基準が用いられるべきであり、訴訟の場面では、両当事者がそれぞれこれらの基準に対応する任務懈怠の評価根拠事実・評価障害事実を主張・立証することになる。

註

(35) 山口前掲註(30)三四頁、潮見前掲註(3)三四頁等。

- (36) 最判昭四八・五・二二民集二七卷五号六五五頁等。会社法判例百選七八事件一六〇頁梅本解説参照。
- (37) 本稿序章（一）参照。
- (38) 本稿序章（一）参照。
- (39) 最判平一二・七・七民集五四卷六号一七六七頁（野村證券損失補填株主代表訴訟事件判決、最判平二〇・一・二八民集六二卷一号一二八頁（北海道拓殖銀行ミヤシタ事件上告審判決）参照。ここに挙げた判例は、旧商法二六六条一項五号の責任についてのものであるが、会社法四二三条一項の責任の法的性質が会社法によって変更されたとは言えないことから、同様に妥当すると考える。
- (40) 山口前掲註（30）三四頁、潮見前掲註（3）三四頁以下、田中前掲註（3）一七六三号五頁以下、吉原前掲註（3）五二五頁以下等参照。
- (41) 債務を手段債務と結果債務に分類し、手段債務の内容は、債務者が損害賠償責任を負わなければならないのは、契約において債務者が合理的な注意を尽くした行動をすることを引き受けたからだ、という過失責任の原理に支えられたものであり、本旨不履行があったということは、債務者が過失をおかしたということを意味することとなる。潮見前掲註（3）三四頁以下参照。もっとも、取締役が会社に対して負担する事務処理義務がすべて手段債務と断定できるかどうかについて、なお会社法学において検討を要する、という留保をされている。
- (42) 潮見前掲註（3）三六頁。
- (43) 本稿註（32）参照。
- (44) 森田前掲註（32）四頁以下。
- (45) 森田前掲註（32）一〇頁。
- (46) 東京地判平一六・九・二八判時一八八六号一一一頁①事件判決をベースに本稿の立場からの修正を加えた。